

Leven in een claimcultuur: Wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?

Citation for published version (APA):

Hartlief, T. (2005). *Leven in een claimcultuur: Wie is er bang voor Amerikaanse toestanden? Diesrede hoogleraar Privaatrecht Ton Hartlief ter gelegenheid van de 29ste Dies Natalis*. (1 ed.) Universiteit Maastricht.

Document status and date:

Published: 01/01/2005

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?

Dames en heren,

Een ongeval als aanleiding

Ze had zich opgegeven voor een beginnerscursus skeeleren in het Oosten van ons land bij een organisatie luisterend naar de naam Eurosportief 2000. Het was nog een jonge vrouw. Zij kreeg knie-, pols- en elleboogbeschermers uitgereikt door de instructeur. Degenen die daaraan behoefte hadden, konden ook een valhelm krijgen. Ze ging hier niet op in.

De cursus bestond uit 4 lessen. Bij de derde les sloeg het noodlot toe: de vrouw viel, waarbij ze eerst op haar zitvlak terechtkwam en vervolgens achteroversloeg. Ze raakte even buiten bewustzijn, kwam snel weer bij, werd op de been geholpen en op een bankje neergezet, maar zakte enkele minuten later in elkaar. In het ziekenhuis overleed ze ten gevolge van hoofd- en hersenletsel.

Het slachtoffer was 35 en liet een man en drie jonge kinderen achter. De nabestaanden spraken vervolgens de instructeur en de organisatie aan tot vergoeding van schade onder meer bestaande in gederfd levensonderhoud en begrafeniskosten.

Domme pech: voor velen bestaat het niet meer. ‘Pech moet weg’ is hun Leitmotiv¹, het aansprakelijkheidsrecht hun toevluchtsoord. Wat ooit als noodlot werd gedragen, wordt nu tot de verantwoordelijkheid van een ander gerekend.

Niemand blijft daarbij buiten schot. *Autoriteiten* bestaan niet meer: we kijken niet op van claims tegen de overheid, notarissen, artsen, commissarissen en bestuurders van rechtspersonen. En laten we wel zijn, zij hebben zich ook van hun menselijke kant laten zien: zij maken fouten, zijn bereid gebleken cijfers mooier te maken dan de werkelijkheid kon rechtvaardigen, hebben een oogje dichtgeknepen waar ingrijpen aangewezen was en dat niet steeds met de beste bedoelingen.

De gedupeerden hebben natuurlijk recht van spreken. Het is van alle tijden en alle landen dat fouten niet zonder gevolgen blijven; altijd en overal heeft de regel gegolden dat wie een onrechtmatige daad pleegt, dient op te komen voor de schade die hij daarmee aan een ander berokkent². Waarom zou dat niet gelden voor artsen die fouten maken, accountants die niet goed hebben opgelet, bestuurders die er een potje van hebben gemaakt? In een tijd dat ooit gerenommeerde bedrijven als Ahold en Enron de hoofdrol opeisen in beursschandalen en Shell-topman Willems een rapport uitbrengt waarin wordt gesuggereerd dat in de medische zorg de veiligheid van zowel patiënten als staf sterk kan worden verbeterd³, schromen wij niet te denken in termen van aansprakelijkheid. En terecht.

¹ Deze uitdrukking moet worden toegeschreven aan de inmiddels overleden Amsterdamse civilist Roelf Stutterheim.

² Hoewel de verschillende stelsels op onderdelen sterk uiteen kunnen lopen (zie de werken van de Spier-groep (serie *Principles of European Tort Law*, Kluwer Law International) en het werk van Von Bar (*Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, C.H. Beck)), is er wat basale uitgangspunten betreft weinig verschil. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1998, p. 242 e.v.

³ Zie R. Willems, *Hier werk je veilig, of je werkt hier niet*, 2004.

Zorgplicht versus eigen verantwoordelijkheid

Meer moeite hebben we met claims van *rokers en ex-rokers* tegen tabaksfabrikanten of tegen de overheid⁴. En hetzelfde geldt voor claims tegen banken en beleggingsinstellingen in verband met mislukte avonturen in de *optie- of aandelenhandel*⁵. En als ik mij niet vergis, oordeelt u ook zo over claims die voor ons nog toekomst zijn, maar in de Verenigde Staten al serieus aan de orde zijn: de *fast food claims*⁶. En laten we wel zijn: zoals Jan des Bouvrie zijn stempel op het interieur van de Nederlander heeft gedrukt, zo heeft de Big Mac het postuur van de Amerikaan bepaald.

Wat hier stoort, is dat andermans verantwoordelijkheid, *zorgplicht*, wordt vooropgesteld, terwijl de eigen verantwoordelijkheid, *eigen schuld*, naar de achtergrond wordt gedrongen, verdoezeld bijna en dat terwijl eigen gedrag en eigen keuzes een belangrijke rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de schade.

Degenen die zich zorgen maken over dit soort ontwikkelingen ligt de term *claimcultuur* voor in de mond en als dat niet genoeg indruk maakt volgt het etiket ‘*Amerikaanse toestanden*’. Wat zij dan bedoelen is niet alleen dat er veel en vlug wordt geclaimd, maar ook dat men in het hedendaagse aansprakelijkheidsrecht een serieuze kans heeft op succes. Het aansprakelijkheidsrecht maakt zelf inderdaad ook een ontwikkeling door die niet zonder meer wordt toegejuicht: zo maken behalve de overheid⁷ bijvoorbeeld ook werkgevers⁸, artsen⁹, notarissen¹⁰ en hun verzekeraars zich zorgen¹¹.

⁴ In de Verenigde Staten hebben rokers natuurlijk successen geboekt. In Europa zijn inmiddels ook de nodige zaken aanhangig. Zie onder veel meer A.L.M. Keirse en P.J.M. van den Berg, *NJB* 2002, p. 1652 e.v. en S.D. Lindenbergh, *TVP* 2000, p. 11 e.v.

⁵ Ten onzent is de rechtspraak van de Hoge Raad beleggers niet slecht gezind. Zie onder meer HR 23 mei 1997 *NJ* 1998, 192, HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 en HR 11 juli 2003, *RvdW* 2003, 123 en daaromtrent bijvoorbeeld C.E. du Perron, in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (M.W. Hesselink e.a. (red.)), Den Haag 2003, p. 196 e.v.

⁶ Zie recentelijk O.A. Haazen, *NJB* 2004, p. 2194 e.v. en P. Klik, *NJB* 2004, p. 2192-2193.

⁷ Ik doel in het bijzonder op de claimcultuurbrief van de laatste regering Kok. Zie *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1.

⁸ Op dit terrein klagen aansprakelijkheidsverzekeraars over de rechtspraak in het licht van (dreigende) opkomst van (nieuwe) beroepsziekten. Tot een daadwerkelijke terugtred van aansprakelijkheidsverzekeraars is het nog niet gekomen. Verzekeraars maken zich sterk voor een stelselwijziging en zetten daarbij vooral hun geld op de zogenoemde directe verzekering. Zie in dit verband met verdere verwijzingen M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer 2002, hoofdstuk 9, mijn bijdrage, in *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (C.J.M. Klaassen e.a. (red.)), Deventer 2003, p. 151 e.v. en kritisch bijvoorbeeld W.H. van Boom, *AV&S* 2003, p. 33 e.v., dezelfde, *TVP* 2004, p. 1-2 en A-G Spier voor HR 4 juni 2004, C03/034 (LJN AO 4596).

⁹ In de medische sfeer zijn er de nodige problemen wat betreft het aanbod van aansprakelijkheidsverzekeringen. Juist ook hier wordt eens in de zoveel tijd nagedacht over een stelselwijziging, kort gezegd, een overstap naar een of ander no-faultsysteem. Zie in dit verband J. Dute, M. Faure en H. Koziol (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Wenen/New York 2004.

¹⁰ Wat de problemen van het notariaat en zijn verzekeraars betreft, verwijs ik naar het bijzondere nummer van *WPNR* 6586 (2004), p. 575 e.v. Hier gaat het vooral om een aanscherping van de voorwaarden van de overigens slechts beperkt beschikbare aansprakelijkheidsverzekeraars.

¹¹ Waar het gaat om de ontwikkelingen in en rondom het aansprakelijkheidsrecht en in het kader van aansprakelijkheidsverzekering verdienen in het bijzonder de publicaties van J. Spier vermelding. Ik noem daarbij zijn (samen met A.T. Bolt geschreven) preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging

Aan dat idee heeft de rechtspraak van onze hoogste burgerlijke rechter, de Hoge Raad, zeker bijgedragen. Zo haalde zijn rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid van automobilisten jegens voetgangers en fietsers de gewone media, sterker nog, zij kreeg zoveel aandacht dat een beetje ervaren Amsterdamse taxichauffeur je even makkelijk door de rosse buurt leidt als door de rechtspraak van onze hoogste rechter. Automobilisten zijn in vergaande mate aansprakelijk jegens ongemotoriseerden¹². Hetzelfde geldt voor werkgevers waar het de gevolgen van arbeidsongevallen en beroepsziekten van hun werknemers betreft¹³: werkgevers ervaren het als een systeem waarin ‘Barbertje moet hangen’¹⁴. In de serie opmerkelijke uitspraken hoort ook thuis die waarin de gynaecoloog die een fout maakte bij een sterilisatie aansprakelijk werd gehouden voor de kosten die zijn gemoeid met opvoeden van het kind dat eigenlijk niet ‘bedoeld’ was, maar er – mede – door de fout van de arts uiteindelijk toch is gekomen¹⁵. En dan komt elk moment de beslissing van de Hoge Raad op het beroep in de zaak van het meervoudig zwaar gehandicapte meisje Kelly. Zij verwijt de verloskundige, die had nagelaten prenataal onderzoek te doen terwijl daarvoor wel indicaties bestonden, in de kern dat zij bestaat en claimt daarom smartengeld¹⁶.

Tot de bezorgden kunnen nadrukkelijk ook de regeringen Kok en Balkenende worden gerekend¹⁷. Zij verbonden en verbinden consequenties aan de diverse ontwikkelingen in de richting van een claimcultuur¹⁸. Deze ontwikkelingen worden op de voet gevolgd om uitwassen te voorkomen. Tot die uitwassen wordt dan gerekend de neiging onnodige investeringen te plegen uit angst voor claims, een eventuele rem op innovatie, maar ook *defensive medicine* en *ambulance chasing* door advocaten en andere rechtshulpverleners. In extremis vreest ‘Den Haag’ het wegvallen van de *sociale cohesie*, zeg maar het instorten van de samenleving zoals wij die kennen. Meer dan een gematigde ontwikkeling is onaanvaardbaar. In dat

De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, Deventer 1996, zijn Tilburgse afscheidsrede *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Deventer 1999, zijn Maastrichtse oratie *Rampscenario's*, Deventer 2002 en zijn bijdrage in S. Klosse en T. Hartlief (red.), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 345 e.v.

¹² In het bijzonder HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 heeft de aandacht getrokken.

¹³ Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 inzake art. 7:658 BW en HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 inzake art. 7:611/6:248 BW.

¹⁴ De Hoge Raad lijkt iets milder geworden voor werkgevers, wellicht in het licht van het nadenken door de regering over een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's die gepaard zou gaan met (vergaande) immuniteit van de werkgever voor aansprakelijkheid (zie mijn bijdrage, *AV&S* 2004, p. 243-244). Zie HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175, HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176, HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177 en HR 9 juli 2004, *JAR* 2004, 190. In het jongste arrest wordt echter wel weer aansprakelijkheid aangenomen: HR 5 november 2004, C03/281 (LJN AP 1463).

¹⁵ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 waarin de casus overigens iets anders was dan gesteld.

¹⁶ Het Hof Den Haag 2 maart 2003, *NJ* 2003, 249 kwam tot een veroordeling. De Procureur-Generaal Hartkamp heeft de Hoge Raad inmiddels geadviseerd deze beslissing – in de kern – in stand te laten. Deze wrongful life-vordering houdt de gemoederen in binnen- en buitenland bezig. Zie onder meer met veel rechtsvergelijkend materiaal S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Wrongful birth and wrongful life*, Deventer 2004 evenals C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm, *NTBR* 2003, p. 496 e.v.

¹⁷ Ik verwijs gemakshalve naar M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer 2002, hoofdstuk 4.

¹⁸ Intussen is de vraag of dit beleid kan rekenen op een stevig fundament: de beschikbare cijfers geven hooguit aanleiding voor de conclusie dat de omvang van individuele schadeclaims stijgt, doch niet het aantal claims als zodanig. Zie onder meer het WODC-rapport van R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Den Haag 2003, het WODC-rapport van B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003*, Den Haag 2004 evenals de jaarlijks door verzekeraars uitgebrachte boekjes onder de titel *Verzekerd van cijfers*.

plaatje past dat de regering terughoudendheid op het punt van de smartengeldbedragen predikt en ook dat zij gekant is tegen ‘no cure no pay’-afspraken in de letselschadeadvocatuur¹⁹ en Amerikaanse ‘instituten’ als *punitive damages*, een soort privaatrechtelijke boete die een veelvoud van de schade kan bedragen.

Een opmerkelijk rechtsgebied dus, dat aansprakelijkheidsrecht, dat door de wetgever is uitgevaardigd, naar mag worden aangenomen om recht te doen aan burgers maar waarvan onze laatste regeringen dus nadrukkelijk adviseren er niet te veel gebruik van te maken uit angst voor Amerikaanse toestanden²⁰. *Huilen we vandaag mee met de wolven in het bos?*

Wat is het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk voor systeem?²¹

Laten we eerst maar eens bekijken wat het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk voor systeem is. Voor velen, ook juristen, is het vooral een *vergoedingssysteem*. Binnen het aansprakelijkheidsrecht zoek je eerst en vooral vergoeding van je schade. En een poging lijkt de moeite waard: wie in de prijzen van het aansprakelijkheidsrecht valt, heeft recht op herstel van de situatie zoals die aan de orde zou zijn zonder de schadelijke handeling of gebeurtenis. Het slachtoffer heeft dus recht op volledige vergoeding van zijn vermogensschade. Mocht herstel daarmee niet compleet zijn, dan heeft hij onder voorwaarden bovendien nog recht op smartengeld. Andere vergoedingssystemen, zoals de sociale zekerheid bijvoorbeeld, kennen een duidelijk minder aantrekkelijk vergoedingsniveau. Dat verklaart ten dele de populariteit van het aansprakelijkheidsrecht. Daar ligt een beloning in het verschiet die nergens anders te krijgen is.

De laatste decennia wordt er anders naar het aansprakelijkheidsrecht gekeken, meer *instrumenteel*: net als het strafrecht en het tuchtrecht wordt het aansprakelijkheidsrecht meer en meer gezien als gedragsbeïnvloedingsmechanisme. Dat kan in belangrijke mate op het conto van de *rechtseconomie* worden geschreven²². Sanctionering binnen het aansprakelijkheidsrecht van overtreding van regels en schending van rechten zou leiden tot bijstelling van gedrag, en daarmee bijdragen aan preventie en aan verhoging van veiligheid en kwaliteit.

Daarmee is het aansprakelijkheidsrecht ook een stuk aantrekkelijker geworden voor beleidsmakers. Je ziet dat zelfs terug in ‘Haagse stukken’ over de claimcultuur: regels van verkeersaansprakelijkheid worden ingezet om verkeersdeelnemers te prikkelen tot voorzichtiger verkeersgedrag en van een streng regime van

¹⁹ Zie daaromtrent laatstelijk *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 800 VI, nr. 94.

²⁰ Zie in dit verband het scherpe commentaar op het regeringsbeleid van Woordkramer, *VR* 2000, p. 121-122 die stelt dat de minister van Justitie er juist een eer in zou moeten scheppen te bevorderen dat er wordt geclaimd.

²¹ Voor meer uitvoerige beschouwingen en literatuursuggesties verwijs ik naar mijn bijdrage in S. Klosse en T. Hartlief (red.), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 1 e.v.

²² Zie in dit verband de mooie bijdrage van J.M. Barendrecht, *NJB* 2002, p. 603 e.v. waarin klassieke en meer moderne, onder meer aan de jongste rechtseconomie ontleende, inzichten worden gecombineerd. Wat het Nederlandse taalgebied betreft verwijs ik verder naar M. Faure en R. Vandenbergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen 1989, dezelfde, in *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht, Lelystad 1990, p. 9 e.v. en C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. RUU, Deventer 1989. Zie overigens ook de kritische bijdrage van A.R. Bloembergen, in *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek, Deventer 1996, p. 25 e.v.

werkgeversaansprakelijkheid wordt verwacht dat het een bijdrage levert aan de veiligheid op de werkplek²³. Deze positieve aspecten van het aansprakelijkheidsrecht sneeuwen vervolgens echter onder in het beleid ter voorkoming van Amerikaanse toestanden.

De opgewekte natuur van economen of de sombere blik van juristen?

Het denken over het aansprakelijkheidsrecht als systeem dat prikkelt tot zorgvuldig gedrag heeft geleid tot verhitte debatten tussen *juristen* en *economen*. Heeft het aansprakelijkheidsrecht wel serieuze meerwaarde op het punt van preventie? Anders dan economen zijn juristen nogal somber van aard; zij denken dat mensen zich in hun gedrag niet laten leiden door de vrees voor een claim. Gaat u maar na: zou u als automobilist werkelijk voorzichtiger gaan rijden, wanneer u zou weten dat u steeds, hoe zorgvuldig u ook heeft gereden, aansprakelijk bent jegens voetgangers en fietsers? Precies: u gelooft hier niet in. En zo plegen ook veel juristen te redeneren. Hiermee is echter nog niet het gehele systeem in de ban gedaan. Er zijn aansprakelijkheden waarvan op het punt van gedragsbeïnvloeding inderdaad weinig te verwachten is, terwijl andere meer beloven.

Caroline Tensen en de buurman met wie zij op het schoolplein wel eens een praatje maakt²⁴, hetgeen, ik zeg het maar voor de zekerheid, dus niet inhoudt dat zij hem bij vrouw en kinderen wenst weg te lokken, hebben meer heil te verwachten van een claim tegen de boulevardpers binnen het aansprakelijkheidsrecht dan van enig ander systeem: waar het publicaties omtrent *publieke personen* betreft, ontbreekt overheidsregulering immers en speelt het strafrecht absoluut geen rol van betekenis.

Kijken we echter naar de verkeersongevallen dan zal de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht als preventieinstrument beperkt zijn, daar ligt het voor de hand geld te zetten op daadwerkelijke handhaving van verkeersregels²⁵.

Amerikaanse toestanden als wenkend perspectief

Wanneer beleidsmakers het preventieperspectief kiezen, doen zij er verstandig aan de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht ten opzichte van andere mechanismen niet te overschatten. Veelal zullen reeds andere mechanismen met prikkelwerking werkzaam zijn: de vrees voor eigen lijf en leden, de angst voor morele verontwaardiging en reputatieschade, het risico van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving. Soms zijn deze *incentives* zo belangrijk dat van een substantiële meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht op het punt van preventie moeilijk kan worden gesproken, maar dat is zeker niet altijd het geval.

Ik noemde al de publicaties over *publieke personen*. Zij hebben van het strafrecht niet veel te verwachten. Van het civiele aansprakelijkheidsrecht wellicht meer nu het afgezien van een rectificatie en een recht op smartengeld de mogelijkheid biedt afdracht

²³ Zie *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, p. 5 e.v.

²⁴ In het afgelopen najaar heeft het tijdschrift *Story* bakzeil moeten halen naar aanleiding van een stuk over Tensen en één van haar burens. (de uitgever van) *Story* werd veroordeeld tot een rectificatie en het uitbrengen van een blanco cover met de tekst 'Rectificatie'. Zie Rb. Amsterdam 29 oktober 2004, KG 04/2193 AB (LJN AR 4746).

²⁵ Zie in dit kader bijvoorbeeld M. van Dam, *Verkeersongevallen*, diss. UM, Den Haag 2001.

van de met de publicatie gemaakte winst te vorderen²⁶. Maar zelfs dan doet de realiteit van alledag de vraag stellen of bijvoorbeeld onze boulevardpers wel voldoende onder de indruk is van het aansprakelijkheidsrecht. Achteraf werkt ze loyaal mee aan rectificaties en vergoeding, maar dan is het kwaad natuurlijk al geschied; hoe te bewerkstelligen dat ze *vooraf* de juiste keuzes maakt?

Juist omdat van andere prikkelwerkingsmechanismen niet veel kan worden verwacht, zou uitbreiding van het sanctiearsenaal van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden overwogen. Verhoging van de financiële druk ligt voor de hand. Maar dan hebben we het eigenlijk over invoering van een privaatrechtelijke boete naar het Amerikaanse voorbeeld van de *punitive damages*: toekenning van een bedrag dat in de regel een meervoud vormt van de geleden schade. *Dát zal ze leren!*

In 'Den Haag' krijg je hiervoor de handen niet op elkaar; dit staat immers haaks op het regeringsbeleid. Juist overheveling van Amerikaanse instituten als *punitive damages* zou de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur bevorderen. Deze angst lijkt mij nogal overdreven. In ieder geval pleit weinig tegen een beredeneerde inzet in die gevallen waarin sprake is van een *handhavingstekort*: situaties waarin andere prikkelmecanismen geen soelaas bieden en sanctionering in het aansprakelijkheidsrecht voor de hand ligt²⁷. Een privaatrechtelijke boete kan een tegenwicht vormen voor de lage 'pakkans' op sommige terreinen van het aansprakelijkheidsrecht²⁸: juist deze lage pakkans geeft de *calculerende schadeveroorzakers* - en daartoe mogen uitgevers van roddelbladen zeker worden gerekend - onvoldoende prikkels. De kans op een veroordeling een zeer groot bedrag te moeten betalen, leidt wellicht tot een betere prikkelwerking. Hier zou ik 'Den Haag' willen uitnodigen afstand te nemen van de wel erg abstracte angst voor de claimcultuur en Amerikaanse invloeden en te omarmen wat aan de overkant van de Atlantische oceaan niet zonder waarde is gebleken.

Het belang van effectieve zorg. De optiehandel als voorbeeld

Waar het gedragsbeïnvloeding door het aansprakelijkheidsrecht betreft, komt behalve de wetgever ook de rechter in beeld. Hij neemt in ons systeem zelfs een voorname plaats in: waar wettelijke gedragsnormen ontbreken, formuleert de rechter de toepasselijke gedragsnorm²⁹. Hij stelt dan vast of de gedaagde partij zich heeft

²⁶ Afdracht van de winst is geregeld in art. 6:104 BW. Het gaat hier om een regel van begroting, niet om een zelfstandige actie. Toepassing van art. 6:104 is dus niet mogelijk wanneer de benadeelde geen schade heeft geleden. Zie HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421.

²⁷ Het is volgens gezaghebbende geleerden niet voor niets dat *punitive damages* in het ene rechtsstelsel wel en in het andere niet aan de orde zijn; de verklaring zou liggen in de al dan niet serieus te nemen rol van andere prikkelmecanismen. Zo zou in ons land met zijn uitgebreide veiligheidsregulering in het algemeen geen behoefte bestaan aan *punitive damages*, terwijl het ontbreken van die regulering in de Verenigde Staten juist de verklaring zou vormen van het belang van *punitive damages* als krachtige extra preventie-prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht. Zie J.M. Barendrecht, *NJB* 2002, p. 607-608. Juist bij de publicaties over publieke personen gaat dat verhaal niet op: daar zijn geen alternatieven beschikbaar.

²⁸ Zie in deze zin H.O. Kerkmeester, *NJB* 1998, p. 1807 e.v. en E.M. van der Heijden, *NJB* 2001, p. 1749 e.v. Tegen een algemene inzet C.J.J.M. Stolker, in *Over de grenzen van het strafrecht en het burgerlijk recht* (A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.)), Deventer 1995, p. 31 e.v., doch positiever zijn A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 1993, p. 77 e.v.

²⁹ Zie in dit verband C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. RUU, Deventer

gedragen overeenkomstig de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Soms worden hier hoge eisen gesteld.

In het oog springt de zorgplicht die een bank heeft jegens particulieren die zich in de optiehandel begeven. Verschillende malen heeft de Hoge Raad zich moeten uitlaten over de situatie dat de belegger niet aan zijn margeverplichtingen voldoet, onvoldoende dekking heeft dus, en in weerwil van waarschuwingen van de zijde van de bank toch verlangt, bijna smeekt, dat de bank nieuwe opdrachten uitvoert, uiteraard in de hoop dat het tij voor hem zal keren. Er zijn banken die op dergelijke klemmende verzoeken zijn ingegaan en vervolgens, toen het avontuur toch slecht afliep, werden geconfronteerd met een claim: *'u, bank, had niet op mijn verzoek in moeten gaan, u had mij juist moeten tegenhouden'*. Het verweer van de bank ligt voor in de mond: *'ik had u gewaarschuwd, maar u wilde toch doorzetten'*. Is waarschuwen voldoende of kan meer van de bank worden verlangd? Onze hoogste rechter oordeelde in laatste zin en nam inderdaad aansprakelijkheid aan³⁰. De kritiek ligt voor de hand: beleggers die zich begeven in transacties waaraan per definitie risico's verbonden zijn, moeten maar op de blaren zitten³¹. Eigen verantwoordelijkheid zou hier zwaarder moeten wegen dan zorgplicht. Maar dat is iets te makkelijk gezegd.

Anders dan in de rechtspraak wordt gesuggereerd, is het bij de optiehandel niet zozeer een kwestie van deskundigheid, maar veel meer van verschillende kansinschatting en risicoperceptie: de bank zou het niet doen, de cliënt wel. Beiden kunnen een eventueel verlies voorkomen: de cliënt door geen opdracht te verstrekken, de bank door deze niet uit te voeren. In het aansprakelijkheidsrecht weegt dit laatste kennelijk zwaarder. Degenen die de nadruk leggen op de eigen verantwoordelijkheid van beleggers menen dat meer dan waarschuwen in principe niet van de bank kan worden verlangd. De koers van de Hoge Raad sluit echter aan bij inzichten uit de *psychologie* en de *behaviorial economics* dat waarschuwingen bij particuliere beleggers niet effectief zijn³²; juist daarom moet een verdergaande invulling van de zorgplicht worden aangenomen³³. Als waarschuwen niet helpt bij mensen die wel bescherming verdienen, dan moeten ze inderdaad maar worden tegengehouden. Het recht verlangt zorg, maar dan uiteraard wel *effectieve zorg*³⁴.

'Eigen verantwoordelijkheid'. Meer dan holle woorden?

Daarmee is ook gezegd dat enkel spreken in termen van eigen verantwoordelijkheid soms te kort door de bocht is. In rechte de nadruk leggen op eigen verantwoordelijkheid veronderstelt dat men deze ook kan waarmaken.

Ik heb u al de claims van *rokers en ex-rokers* voorgehouden. Hier hebben wij duidelijk de neiging aansprakelijkheid af te wijzen met een beroep op de eigen verantwoordelijkheid, de *eigen schuld*, van slachtoffers. Maar zelfs hier lijken er aan het adres van de gedaagde partijen wel degelijk reële verwijten te maken, in ieder

1989 en W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, oratie UvT, Den Haag 2003.

³⁰ Een kras voorbeeld is HR 11 juli 2003, *RvdW* 2003, 123.

³¹ Zo bijvoorbeeld mijn commentaar in *Ars Aequi* 2003, p. 929 e.v.

³² In dit verband pleegt onder meer G. Belsky and T. Gilovich, *Why smart people make big money mistakes and how to correct them*, New York 1999 te worden genoemd.

³³ Zie W.H. van Boom, *NTBR* 2003, p. 555 e.v. en eerder al C.E. du Perron, in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (M.W. Hesselink e.a. (red.)), Den Haag 2003, p. 196 e.v.

³⁴ Het belang van *effectieve zorg* wordt nog eens duidelijk in HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 76.

geval in de sfeer van informatievoorziening. De drastische aanscherpingen van de waarschuwingsteksten in de afgelopen jaren geven eigenlijk al aan dat de informatievoorziening niet altijd even adequaat is geweest. En dan nog kan men zich serieus afvragen of een meer adequate informatievoorziening wel effectief zou zijn. Uiteraard heeft men informatie nodig om keuzes te kunnen maken, maar voor het waarmaken van eigen verantwoordelijkheid is dat lang niet altijd voldoende. Het verschaffen van informatie of waarschuwen kan niet altijd voorkomen dat degenen die men wil bereiken verkeerde keuzes maken, omdat zij onder invloed handelen van een onjuiste risicoperceptie of niet in staat zijn te handelen naar een eventuele wel juiste risicoperceptie³⁵. Spreken in termen van eigen verantwoordelijkheid in gevallen waarin de gedupeerden eigenlijk niet bij machte zijn het gewenste gedrag te vertonen, levert dan enkel holle woorden op³⁶.

Hebben de nabestaanden van de vrouw die was omgekomen als gevolg van een ongeval tijdens een cursus skeeleren voor beginners nu een reële vordering? Zij maakten de organisatie en de instructeur het verwijt dat deze de vrouw geen valhelm hadden laten dragen. Het verweer was dat de deelnemers was verteld dat degenen die daaraan behoefte hadden, een valhelm konden krijgen, maar dat *zij* daarop niet was ingegaan. Eigen verantwoordelijkheid dus. Het Gerechtshof Arnhem prikte daar terecht doorheen: nu het hier om beginners ging die het risico van hoofdletsel moeilijk konden inschatten, de valhelm niet werd getoond en de instructeur er zelf ook geen droeg, kon niet worden volstaan met de vrijblijvende mededeling dat wie behoefte had aan een valhelm deze kon krijgen³⁷. Uiteindelijk had de instructeur niet mogen starten zolang niet alle beginners een valhelm droegen. Dát was effectieve zorg geweest.

Wie zal de wachters bewaken?

Aldus kan het recht, zelfs al is het in de vorm van rechterlijke beslissingen omtrent de maatschappelijke zorgvuldigheid, bijdragen aan preventie, veiligheid en kwaliteit³⁸.

Ik heb zojuist juristen en economen tegenover elkaar gezet toen het over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht ging. Het geschil spitst zich toe op de vraag of het wel voor de hand ligt uit te gaan van een rationeel handelende figuur die zich in zijn gedrag laat leiden door de mogelijkheid van een claim. Twijfel hieromtrent is eerder gerechtvaardigd bij natuurlijke personen dan bij organisaties en instituties als overheden, ondernemingen en banken. Zij zullen zich in hun gedragingen eerder door het aansprakelijkheidsrecht laten prikkelen. Naar gangbare inzichten beïnvloedt het risico van overheidsaansprakelijkheid en bancaire aansprakelijkheid bijvoorbeeld het handelen van overheden en banken. Vanuit

³⁵ In de rechtspraak wordt in ieder geval met deze fenomenen rekening gehouden waar het het handelen van jonge kinderen betreft. Zie onder meer HR 9 december 1966, *NJ* 1967, 69 en HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 778.

³⁶ Natuurlijk weet ik dat het pad van het aansprakelijkheidsrecht voor claimende rokers dan nog met voetangels en klemmen bezaaid is: causaliteitsproblemen, verjaringsproblemen etc.

³⁷ Hof Arnhem 28 oktober 2003, *NJF* 2004, 12.

³⁸ Uiteraard is voor de doorwerking van dit soort uitspraken van belang dat informatie hieromtrent ook bij de geadresseerden terecht komt. Hier is een rol weggelegd voor overheid, aansprakelijkheidsverzekeraars, brancheorganisaties en wat dies meer zij. Zie in dit verband mijn preadvies voor de Vereniging voor verzekeringswetenschap in *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw*, Deventer 2004, nr. 25 e.v.

beleidsmatig perspectief heeft het aansprakelijkheidsrecht hier een meerwaarde op het punt van preventie, opnieuw omdat van andere prikkelmechanismen niet altijd heil kan worden verwacht.

In dit rijtje hoort ook de aansprakelijkheid van toezichthouders thuis. Dat dit thema op de agenda staat, heeft alles te maken met de opkomst op diverse terreinen van toezichthouders met vergaande bevoegdheden³⁹: de *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit*, de *Nederlandse Mededingingsautoriteit*, de *Autoriteit Financiële Markten* en sinds kort de *Voedsel- en Warenautoriteit*⁴⁰. Autoriteiten bestaan niet meer, zo hield ik u nog voor, nu: het wemelt ervan.

Het is echter de vraag of het etiket ook daadwerkelijk gezag afdwingt: de verwachting is dat de komende jaren ook toezichthouders met claims zullen worden geconfronteerd⁴¹ waarbij niet alleen moet worden gedacht aan het verwijt dat zij hun bevoegdheden ten onrechte of onjuist hebben uitgeoefend, maar juist ook aan het verwijt dat zij hebben *nagelaten* gebruik te maken van hun bevoegdheden⁴². Mochten de verfoeide aandelenleaseconstructies, die ook in uw gezelschap slachtoffers hebben gemaakt, inderdaad in de ban worden gedaan⁴³, dan zal niet alleen naar de betrokken aanbieders worden gekeken, maar kan ook degene die met toezicht was belast - heden ten dage de *Autoriteit Financiële Markten* - in beeld komen. Had zij niet moeten ingrijpen?⁴⁴

Hoewel toezichthouders zullen benadrukken behoefte te hebben aan beleidsruimte en daarmee aan een zekere immuniteit voor aansprakelijkheid⁴⁵, lijkt het ongewenst hier royaal te zijn. Wie zal immers de wachters bewaken? Bij gebreke

³⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, oratie RUU, Den Haag 2001.

⁴⁰ Hoewel de diverse toezichthouders niet op één hoop kunnen worden gegooid (A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, oratie RUU, Den Haag 2001, p. 9-10), hebben zij gemeen dat zij toezichthouden op de naleving van regels en misstanden dienen te signaleren om daartegen op te treden. Daarbij is het de bedoeling dat bij burgers en bedrijven vertrouwen wordt geschapen. Zie in dit verband I. Giesen, *AV&S* 2002, p. 99 e.v. en dezelfde, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, p. 31 e.v.

⁴¹ Zie uitgebreid steeds met verdere verwijzingen en op basis van een rechtsvergelijkende analyse I. Giesen, *AV&S* 2002, p. 97 e.v., dezelfde, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, publicatie Offerhauskring, Deventer 2004 en dezelfde, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005.

⁴² Zie over de specifieke juridische problemen van aansprakelijkheden voor nalaten I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, publicatie Offerhauskring, Deventer 2004 en dezelfde, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, hoofdstuk IV. Hij is overigens terecht niet steeds onder de indruk van deze opgeworpen problemen (althans in ieder geval niet in de context van het thema toezicht).

⁴³ Het is erg moeilijk om algemene uitspraken te doen. Er zijn vele zaken aanhangig gemaakt die niet alle qua feiten en verwijten over één kam kunnen worden geschoren. Een mooi overzicht van de rechtspraak tot nu toe en van de vele vragen die in dit verband rijzen geeft S.B. van Baalen, *WPNR* 6604 (2005), p. 1 e.v.

⁴⁴ Zie (voorzichtig) kritisch omtrent het optreden van de AFM bijvoorbeeld S.B. van Baalen, *WPNR* 6604 (2005), p. 10-11 mede naar aanleiding van het rapport van de Algemene Rekenkamer (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 635, nrs. 1-2) evenals het eindrapport van de zogenoemde Commissie Oosting, *Over lenen, leasen en verliezen*, Den Haag 2004, p. 66-67 (www.commissiegeschillenaandelenlease.nl).

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld al A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, oratie RUU, Den Haag 2001, p. 2 e.v. Dit komt bijvoorbeeld ook naar voren in de rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid van waterschappen en heeft recentelijk nadrukkelijk gespeeld in de Vie d'Or-zaak (Hof Den Haag 27 mei 2004, *JOR* 2004, 206). Zie daaromtrent bijvoorbeeld B.P.M. van Ravels, in *Overheid en markt* (N.S.J. Koeman e.a. (red.)), Deventer 2004, p. 143 e.v. Een van de typische problemen is het toezichthoudersdilemma: het geval dat ingrijpen gegeven het doel van het toezicht aangewezen lijkt, doch juist aan (openbaar) ingrijpen het gevaar kleeft dat het (nog) aanwezige vertrouwen ondermijnd wordt. Zie in dit verband onder meer I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, p. 140 e.v.

van andere prikkelmechanismen is hier een rol voor het aansprakelijkheidsrecht weggelegd⁴⁶. Een recente beslissing van de Hoge Raad gooit echter roet in het eten.

Linda

Centraal staat Linda, een duwbak van circa dertig jaar oud. Zij⁴⁷ komt tot zinken op een grindgat aan de Maas en beschadigt daarbij enkele baggervaartuigen van een andere eigenaar. De schade loopt in de miljoenen guldens. De bodemplaten van de Linda blijken kuis verrot. Nauwelijks een jaar voor het ongeval heeft de Linda het in verband met het Reglement onderzoek schepen op de Rijn vereiste veiligheidscertificaat verkregen voor de duur van 7 jaar. Aan de afgifte is een keuring vanwege de Staat voorafgegaan, maar u begrijpt, daar is iets misgegaan. Het certificaat had niet afgegeven mogen worden. U raadt het al: de gedupeerde, Van Hasselt, spreekt de Staat aan. Was de keuring deugdelijk geschied dan was dit schip niet in de vaart genomen en was het ongeluk niet gebeurd. Geen speld tussen te krijgen, maar de Hoge Raad wijst aansprakelijkheid af, ook al is de keuring ondeugdelijk en daarmee onrechtmatig geschied⁴⁸. Kort samengevat is zijn redenering dat de regeling waarop het vereiste van een certificaat berust, slechts beoogt de veiligheid van het scheepvaartverkeer in algemene zin te bevorderen. Zij strekt echter niet tot bescherming van derden, zoals Van Hasselt, die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt. Het is de eigenaar die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip verantwoordelijk blijft. Het vereiste van een certificaat en de keuring beogen slechts de naleving van de eigenaarsverplichtingen te bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk te maken. Het certificaat geeft echter geen garantie voor de deugdelijkheid van het schip. Wanneer de keuring onzorgvuldig heeft plaatsgevonden, kan de Staat dus niet worden aangesproken, slechts de eigenaar komt in beeld.

Maar waarom alleen hij? Dat de eigenaar aansprakelijk is, omdat hij verantwoordelijk is voor de veiligheid van het schip, staat toch niet in de weg aan zelfstandige aansprakelijkheid van de Staat vanwege een onzorgvuldig uitgevoerde keuring? Als je de redenering van de Hoge Raad zonder meer doortrekt, en reken maar dat de advocaten van andere toezichthouders de Linda-uitspraak hebben omhelsd, staat aansprakelijkheid van banken en beleggingsinstellingen in de weg aan aansprakelijkheid van de AFM⁴⁹ in gevallen waarin zij had moeten ingrijpen en staat

⁴⁶ Vergelijk I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, p. 3, p. 146 e.v. en p. 162 e.v. Het verbaast mij overigens niet dat toezichthouders zelf waar het gaat om het waarborgen van de kwaliteit van hun dienstverlening het aansprakelijkheidsrecht niet noemen. Zie bijvoorbeeld A.W.H. Docters van Leeuwen en Th.F. Kockelkoren, in *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw*, Deventer 2004, p. 43 e.v. (in het bijzonder het slot). In (het verbeteren van) de werking van andere prikkelmechanismen zie ik niet direct heil. Het veel genoemde alternatief van de (aanscherping van) politieke controle neem ik niet serieus. Zie in ander verband over de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht ten opzichte van politieke controle D. Roef, *Strafbare overheden*, diss. UM, Antwerpen/Groningen 2001, hoofdstuk V.

⁴⁷ In de Van Dale staat uiteraard *m.* bij duwbak, maar in deze context geef ik de voorkeur aan *v.*

⁴⁸ HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67. Ook I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, hoofdstuk X wijdt kritische beschouwingen aan het arrest.

⁴⁹ Voor het gemak noem ik hier de toezichthouder. Soms is deze een aparte – los van de overheid staande – rechtspersoon, soms is deze onderdeel van de Staat (of een andere overheid). In die laatste categorie gevallen zal in ieder geval sprake zijn van overheidsaansprakelijkheid, in de eerste soms ook (bijvoorbeeld in geval van doorbraak of in verband met vrijwaring ten laste van de overheid). Zie

aansprakelijkheid van een café-eigenaar die het niet zo nauw neemt met de brandvoorschriften in de weg aan eventuele overheidsaansprakelijkheid terzake van onvoldoende handhaving⁵⁰.

Een voorkeur voor de primaire dader

Degenen die zich zorgen maken over de neiging van gedupeerden om in de zoektocht naar een solvabele debiteur de steven af te wenden van de *primaire* dader en te richten op de overheid, die dan in de kern wordt verweten dat zij heeft nagelaten in te grijpen⁵¹, zullen de beslissing van de Hoge Raad toejuichen. In de Linda-zaak wordt inderdaad een ander dan de primaire dader aangesproken en is bij de Hoge Raad duidelijk sprake van huiver voor aansprakelijkheid van de ‘secundaire’ dader, de toezichthouder, de overheid. Die huiver lijkt in ieder geval mede ingegeven door de vergaande consequenties: aansprakelijkheid jegens een mogelijk zeer grote groep van derden, het beslag op gemeenschapsgeld dat het gevolg is van aansprakelijkheid en wellicht ook het niet goed – althans niet ‘vrij van druk’ - kunnen functioneren door toezichthouders en overheden⁵².

Inderdaad serieus te nemen zaken, maar u moet zich realiseren wat de prijs is die daarvoor wordt betaald: de Staat blijkt in de Linda-zaak *immuun* voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; onrechtmatig handelen blijft dus onbestraft⁵³. Ik zie daarvan de rechtvaardiging niet, wel de nadelen vanuit preventieperspectief. Daarmee bedoel ik eerst en vooral dat de Staat wel een extra prikkel kan gebruiken om het toezicht, hier de keuring, serieus op te vatten. Daar komt bij dat een mogelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder ertoe kan leiden dat deze extra druk zet op *potentiële* primaire daders, degenen die hij moet controleren⁵⁴. In zoverre is het door de Hoge Raad gebezigde argument dat het certificaat en de keuring vooral bevorderen dat de eigenaar zijn verplichting het schip in een veilige staat te houden naleeft ook niet erg gelukkig: juist in dat verband zou van een aansprakelijkheid van de Staat een extra prikkel kunnen uitgaan. Ging het niet om het bevorderen van de veiligheid van de scheepvaart?

daaromtrent A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, oratie RUU, Den Haag 2001, p. 27 e.v. en I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, hoofdstuk XI.

⁵⁰ Ik weet wel dat ik hiermee uiteenlopende gevallen van toezichthoudersaansprakelijkheid op één hoop gooi, terwijl er meer of minder relevante verschillen zijn, maar voor de gelegenheid acht ik dat niet onaanvaardbaar. Zie wat betreft de laatste categorie onder anderen C.C. van Dam, in *De kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA Symposium, Den Haag 2002, p. 37 e.v., C.L.G.F.H. Albers, *NTB* 2004, p. 201 e.v. en R.C.S. Bakker en R. Bastein, *NTB* 2004, p. 333 e.v.

⁵¹ Zie in dit verband W.H. van Boom en I. Giesen, *NJB* 2001, p. 1676 e.v., I. Giesen, *AV&S* 2002, p. 105 e.v. en dezelfde, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, hoofdstuk III die terecht aandacht besteden aan het probleem dat de primaire daders mede in verband met het (mogelijke) bestaan van (een wel solvabele) secundaire dader niet de juiste preventieprikkels krijgen. In dat verband komt dan ook, zij het met terughoudendheid gebracht, een mogelijk beperkte/subsidiaire aansprakelijkheid van de overheid voorbij.

⁵² Zie in dit verband I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, hoofdstuk IX die overigens terecht niet erg onder de indruk is van mogelijke argumenten voor terughoudendheid in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders.

⁵³ Het lag wat mij betreft meer voor de hand in beginsel uit te gaan van aansprakelijkheid om vervolgens binnen de kring van derden begrenzing aan te brengen aan de hand van art. 6:163 en 6:98 BW.

⁵⁴ Vergelijk in algemene zin W.H. van Boom en I. Giesen, *NJB* 2001, p. 1677 en I. Giesen, *AV&S* 2002, p. 106.

Ook hier zou ik dus in plaats van terughoudendheid verscherping van het aansprakelijkheidsrecht willen bepleiten. Gelet op de te verwachten positieve effecten van toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op het gedrag van toezichthouders zou ik zeggen dat er hier nog wel een schepje bovenop kan⁵⁵.

Een laatste voorbeeld. Smart en geld

Het is 6 januari 1978. Mevrouw Van der Heijden wordt in Someren aangereden door een andere automobilist. Zelf raakt ze slechts lichtgewond, maar haar dochtertje, Merel, anderhalf jaar oud, komt te overlijden. Na de dood van Merel claimt haar moeder smartengeld bij de veroorzaker van het ongeval, onder meer omdat ze onzeker is sinds het ongeval, zich grote zorgen maakt over de gezondheid van haar andere kind en last heeft van hyperventilatie.

Ons recht geeft hier een hard antwoord⁵⁶: omdat de schade terug te voeren is op het overlijden van haar dochter en ons recht bij overlijden de nabestaanden slechts recht geeft op gederfd levensonderhoud en begrafeniskosten, blijft het hier bij vergoeding van de kosten van de begrafenis⁵⁷. Meer levert, grof gezegd, de dood van een kind niet op.

Vergoeding van immateriële schade in geval van verlies of ernstig letsel van een naaste, ook wel *affectieschade* genoemd, kent ons recht niet⁵⁸. Dat berust op een bewuste keuze: de wetgever vreesde onder meer commercialisering van verdriet en onsmakelijke procespraktijken⁵⁹. Hij zag kennelijk voor zich dat de dader naar aanleiding van de claim van een weduwnaar diens bijslaap in beeld zou brengen. ‘Dat kunnen we niet hebben’. In de claimcultuurbrief heeft de regering Kok nog handhaving van dit uitgangspunt bepleit, doch vorig jaar heeft Donner onder druk van de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig gemaakt dat toch een beperkt recht op vergoeding van affectieschade beoogt in te voeren⁶⁰.

Dat het huidige stelsel steeds meer weerstand oproept, heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat de meeste Europese landen wel een recht op vergoeding van affectieschade kennen, zonder dat de door onze wetgever gevreesde problemen optreden. Belangrijker nog is dat affectieschade een reële schadepost is die in de immateriële sfeer *erkenning* verdient⁶¹.

⁵⁵ Ook het belangrijke rechtsvergelijkende onderzoek van I. Giesen (*Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005) eindigt (p. 224-225) niet bezorgd: hij voorspelt weliswaar een toenemende druk op toezichthouders binnen het aansprakelijkheidsrecht, maar verwacht in dat verband geen grote problemen.

⁵⁶ Ik vat de inhoud van art. 6:108 BW hier te kort samen, maar voor de gelegenheid kan dat geen kwaad.

⁵⁷ HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717. Zie ook nog HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240. In dit verband wordt gesproken van het in de art. 6:107-108 BW neergelegde leerstuk van de beperkte kring van gerechtigden.

⁵⁸ Zie voor een overzicht en rechtsvergelijkende beschouwingen S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. RUL, Deventer 1998, p. 194 e.v. alsmede A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU, Nijmegen, p. 205 e.v.

⁵⁹ Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 388-389 en *Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6*, p. 1273 e.v.

⁶⁰ *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 781, nrs. 1-2.

⁶¹ Zie nadrukkelijk naar aanleiding van het huidige wetsvoorstel C. Van Schoubroeck, *VR* 2004, p. 102 e.v.

Het wetsvoorstel geeft een beperkt aantal naasten recht op vergoeding van affectieschade zowel in geval van overlijden als van ernstig blijvend letsel van de direct getroffene. Het gaat hierbij om een door de regering te bepalen bedrag. Vooralsnog denkt zij aan 10.000 euro⁶². De regering beoogt aldus niet alleen te erkennen dat ook naasten leed ondervinden, maar ook genoegdoening: het geschokte rechtsgevoel zou worden verzacht doordat van de dader een financieel offer wordt verlangd.

Het is een typische juristenbenadering: erkenning en genoegdoening *door compensatie*. Vooralsnog ga ik er van uit dat vele naasten uiteindelijk niet zozeer in geld geïnteresseerd zijn, laat staan in een symbolisch laag forfaitair bedrag⁶³. Ik kan moeilijk loskomen van het gegeven dat juist naasten vaak aangeven dat zij geen claim zouden hebben ingediend wanneer de dader in alle openheid over het gebeuren zou hebben gesproken, erkend zou hebben dat hij een fout heeft gemaakt, spijt zou hebben betuigd of beterschap voor de toekomst zou hebben beloofd. Ik zeg niet dat het beslissend is, wel dat het relevant is. Zo bekeken is de vraag of een regeling die niet verder strekt dan de toekenning van een symbolisch bedrag wel voldoende tegemoetkomt aan de behoeften van naasten.

Een wetsvoorstel met een Achilleshiel

Het lijkt echter realistisch om ervan uit te gaan dat de regering de ingeslagen weg blijft volgen: erkenning door vergoeding. Dit voorstel heeft dan echter een Achilleshiel: het scheert ongelijke gevallen over één kam. In het voorstel wordt immers steeds 10.000 euro vergoed ongeacht wat er gebeurd is en welke naaste vergoeding vordert.

Op deze manier worden het geval van de weduwe die op 75-jarige leeftijd haar man van 80 verloren heeft op de operatietafel als gevolg van een onder hoge werkdruk begane fout en het geval van de moeder van 28 wier dochter van 3 is overreden door een automobilist die met hoge snelheid door rood is gereden ‘gelijk’ behandeld. De bijzondere omstandigheden van het geval komen in het voorgestelde systeem niet aan de orde. Zo’n regeling doet de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader eerst informeren naar de gezinssamenstelling en een bankrekeningnummer en vervolgens – in de typische taal der juristen – berichten dat ‘*terzake van opgemeld ongeval gelet op gezinssamenstelling binnen 14 dagen na dagtekening van dit schrijven 20.000 euro zal worden uitgekeerd op het opgegeven rekeningnummer*’.

Deze gelijke behandeling van ongelijke gevallen geeft aan dat de regering geen verdergaande ambities heeft dan het *abstracte* gegeven te erkennen dat naasten lijden in geval van letsel of overlijden van een dierbare. Ik zou menen dat zij juist erkenning willen van *hun* lijden, van hun *speciale* situatie. Hun lijden wordt ongetwijfeld mede bepaald door de aard van de gebeurtenis, de wijze waarop het letsel is ontstaan en de ernst van het verwijt dat de dader eventueel kan worden gemaakt. Daarvan uitgaande ligt het, wanneer dan toch de compensatieoplossing wordt gekozen, veel meer voor de hand uit te gaan van een vergoeding waarvan de omvang afhankelijk wordt gesteld van de bijzondere omstandigheden⁶⁴.

⁶² *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 781, nr. 3, p. 7.

⁶³ Zie in dit verband ook C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, *NJB* 2003, p. 818 e.v. evenals J.M. Barendrecht, *NJB* 2003, p. 1175 e.v.

⁶⁴ Wat mij betreft hoeft dit geen volstrekt open systeem te zijn, maar kan met basisbedragen voor verschillende situaties worden gewerkt waarvan dan echter wel gemotiveerd moet kunnen worden afgeweken. Dit komt dicht in de buurt van het Belgische systeem. Zie daaromtrent H. Cousy, *AV&S*

In de regeringsstukken regeert echter de angst⁶⁵. Het gevolg is een regeling die uitgaat van een absurde normering: ongeacht wie er vordert en wat er is gebeurd, wordt een bedrag van 10.000 euro in het vooruitzicht gesteld. Het zou een troost moeten zijn dat er een gedachte achter zit: omdat slachtoffers meteen moeten weten waar ze aan toe zijn opdat hun verwerkingsproces kan beginnen, wordt de rechter min of meer ‘overbodig’ gemaakt⁶⁶. Natuurlijk willen de gerechtigden duidelijkheid en geen onnodige procedures, maar dat wil niet zeggen dat zij zitten te wachten op een regeling, die iedere discussie over wat hen is aangedaan en onder welke omstandigheden dat is gebeurd, voorkomt.

Huilen we mee met de wolven in het bos?

Dames en heren, u en ik leven in een claimcultuur of zitten er in ieder geval dicht bij.

In ‘het Haagse’ overheerst de angst voor uitwassen. De positieve kanten van het aansprakelijkheidsrecht in de sfeer van bevordering van preventie, veiligheid en kwaliteit dreigen daarmee onder te sneeuwen. Ik heb daarom vandaag niet willen meehuilen met de wolven in het bos, maar juist tegengas willen geven. Ik heb mij daarbij zelfs positief uitgelaten over een typisch Amerikaanse toestand als de privaatrechtelijke boete. Ook waar het aansprakelijkheden van banken en toezichthouders betreft, zie ik de voordelen van een stevige aansprakelijkheid op het vlak van preventie en het bevorderen van de kwaliteit van de dienstverlening. Daar waar de regering terughoudendheid predikt, mag er wat mij betreft wel een schepje bovenop.

Dat angst een slechte raadgever is, blijkt nog eens bij het wetsvoorstel affectieschade. Hier draagt de regering zelf bij aan uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht, maar op een weinig overtuigende manier. Het dreigt een staaltje van symboolwetgeving te worden: de regering ‘doet aan’ erkenning, maar kiest een uitvoering die intrinsiek onrechtvaardig is, omdat zij ongelijke gevallen over één kam scheert en die miskent waar het de slachtoffers om te doen is. Zolang nader onderzoek niet anders uitwijst, lijkt het verstandig ervan uit te gaan dat zij niet zitten te wachten op een eenvoudig vast te stellen recht op een symbolisch bedrag dat in een zakelijke brief van de aansprakelijkheidsverzekeraar in het vooruitzicht kan worden gesteld. Recht doen aan hun juist vooral ‘immaterieel’ getinte behoeften, is alleen mogelijk in een regeling waarin de bijzondere omstandigheden van het geval ertoe doen en waarin het dus uiteindelijk op zijn minst *mogelijk* is dat een autoriteit zoals de rechter daaraan aandacht besteedt⁶⁷. De voorgestelde regeling offert gerechtigheid op het altaar van de efficiëntie. Dat is geen recht.

2002, p. 156 e.v. en B. De Temmerman en E. de Kezel, *TVP* 2002, p. 103 e.v.

⁶⁵ Dat blijkt eigenlijk ook nog eens waar de vraag aan de orde is in hoeverre het leerstuk van de beperkte kring van gerechtigden moet worden overwogen. In deze zin onder anderen W.H. van Boom, *AV&S* 2002, p. 95 e.v. en J.B.M. Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 835 e.v. Het laatste nieuws is dat de regering in ieder geval bereid is het recht op het stuk van de *inkomensschade* van naasten te heroverwegen. Zie *Kamerstukken II*, 2004-2005, 28 781, nr. 8, p. 6.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 781, nr. 6, p. 2 e.v.

⁶⁷ Uiteraard is het niet per definitie nodig dat de rechter een oordeel uitspreekt. Het WODC-rapport van B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta* 2003, Den Haag 2004, p. 151 e.v. leert dat burgers er in het algemeen, en het zal ook wel voor slachtoffers gelden, niet gelukkiger van worden dat de rechter is ingeschakeld; sterker nog, ze lijken meer vrede te hebben met een oplossing die zonder de rechter tot stand is gebracht en ondervinden dan ook minder negatieve effecten op werk en in de persoonlijke levenssfeer. Ik kan mij vanuit dit perspectief ook voorstellen dat de

Laat dus varen die angst en voorkom dat degenen met een reële claim worden ontmoedigd door het systeem⁶⁸. Zonder claims komt het aansprakelijkheidsrecht niet tot zijn recht. Lang leve daarom, *dames en heren*, de claimcultuur!⁶⁹

Ik heb gezegd! ⁷⁰

regering geld blijft zetten op zoiets als *mediation*. Ook andere initiatieven die bijdragen, zowel aan de behoefte aan informatie, duidelijkheid, erkenning, als aan vergoeding waar dat aangewezen is, zonder dat een zwaar opgetuigde juridische strijd hoeft te worden gestreden, verdienen steun. Zie in dat verband het door G.E. van Maanen, in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed* (G.E. van Maanen red.), Den Haag 2003, p. 16 e.v. besproken Lexington-experiment in de medische sfeer. Positief daaromtrent, zij het met oog voor de beperkingen, is ook C.E. du Perron, in *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging, Deventer 2003, p. 157 e.v. Ook het reeds aangehaalde rapport van R. Willems (*Hier werk je veilig, of je werkt hier niet*, 2004) stelt het belang van een open bedrijfscultuur aan de orde.

⁶⁸ Zie reeds J. Spier, *A&V* 1999, p. 84. Ik heb in deze bijdrage de kosten (nadelen) van het systeem verwaarloosd. Zie daaromtrent met verdere verwijzingen mijn bijdrage in S. Klosse en T. Hartlief (red.), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 25 e.v. evenals het WODC-rapport van J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en I.N. Tzankova, *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?*, Den Haag 2004.

⁶⁹ Ik weet natuurlijk dat er ook ten onzent enkele wel degelijk zorgelijke ontwikkelingen aan de orde zijn, vooral waar het gaat om de verzekerbaarheid van aansprakelijkheid. Ik verwijs daarvoor en voor eventuele remedies naar M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer 2002, hoofdstuk 4, dezelfden, *Insurance and Expanding Systemic Risks*, No.5, OECD, Parijs 2003, mijn bijdrage in *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw*, Deventer 2004, p. 17 e.v. en J. Spier, *Rampscenario's*, oratie UM, Deventer 2002.

⁷⁰ Met dank aan Michael Faure voor waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie.